

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 105/94 Monopolio de Tabacos 2)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Alonso Soto, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

En Madrid, a 23 de octubre de 1995.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Felipe Bermejo Zofío, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 105/94 (1094/94 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por DITRAL S.A. contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 11 de noviembre de 1994, por el que se archivaron las actuaciones iniciadas como consecuencia de su denuncia contra la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos y Tabacalera S.A.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 11 de noviembre de 1994 el Director General de Defensa de la Competencia dictó el siguiente Acuerdo:

*"Visto el escrito de D. Miguel Angel Botija Beltrán, en nombre y representación de DITRAL, S.A., en el que se formula denuncia contra la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos y solidariamente contra TABACALERA, S.A. por abuso de posición de dominio y trato discriminatorio.*

*RESULTANDO que DITRAL S.A. con fecha 30 de marzo 1993, solicitó la concesión de autorización administrativa de la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos, para la distribución al por mayor de labores de tabaco y la inscripción en el registro de operadores correspondiente.*

*RESULTANDO que con fecha 19 de noviembre de 1993, DITRAL, S.A. presentó ante la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos solicitud de autorización administrativa para la importación al por*

*mayor de labores de tabaco procedentes de los Estados miembros de la CEE.*

*RESULTANDO que por la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos fué denegada la autorización a DITRAL, S.A. para actuar como distribuidor de labores de tabaco. Dicha Resolución fué recurrida por DITRAL, S.A. ante el Ministerio de Economía y Hacienda y posteriormente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.*

*RESULTANDO que por acuerdo de la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos se autorizó a DITRAL, S.A. para actuar como importador de labores de tabaco procedentes de países de la CEE.*

*RESULTANDO que DITRAL, S.A. presenta denuncia ante esta Dirección General contra la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos y solidariamente contra TABACALERA, S.A. por conducta prohibida referida a la política obstruccionista de la denunciada en relación a su solicitud para actuar como distribuidor al por mayor de labores de tabacos.*

*CONSIDERANDO que la Ley 38/85 de 22 de noviembre, Reguladora del Monopolio Fiscal de Tabacos, en su artículo 7º señala que: "Las actividades de importación y comercio al por mayor del tabaco elaborado serán llevadas a cabo por TABACALERA S.A. o en su caso por otras personas físicas o jurídicas previamente autorizadas al efecto, de acuerdo con las normas que reglamentariamente se dicten..."*

*Que en desarrollo de dicha Ley se dictó el Real Decreto 2738/1986, de 12 de diciembre, Regulador de las actividades de importación y comercio mayorista y minorista de labores de tabaco, en cuyo artículo 2º se señala que: "El Ministerio de Economía y Hacienda, previa instrucción de expediente, autorizará a las personas físicas y jurídicas interesadas que cumplan los requisitos establecidos en el presente Real Decreto..."*

*Que el artículo 9º de la citada Ley 38/85, atribuye las competencias del párrafo anterior a la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos, en cuanto "Centro Directivo del Ministerio de Economía y Hacienda a que corresponde el ejercicio de las competencias de éste en la tutela y control de la gestión del Monopolio,..."*

*CONSIDERANDO que la denegación de la autorización es un acto administrativo dictado por la autoridad competente, la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos; que tal conducta escapa a la*

*competencia de esta Dirección General; y que en consecuencia no procede enjuiciar, según la Ley 16/89, la posible condición discriminatoria en la que se basa la denuncia.*

*No obstante, en relación a las continuas referencias de la denuncia a la explotación abusiva por TABACALERA, S.A. a través de la Delegación del Gobierno, de su posición de dominio en el mercado nacional, debe tenerse en cuenta que es competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia la formulación de propuesta motivada al Gobierno a través del Ministerio de Economía y Hacienda, de modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas por disposición legal, art, 2.2. de la Ley 16/89.*

*En su virtud,*

*ACUERDO el archivo de las presentes actuaciones que tuvieron su origen en la denuncia presentada por D. Miguel Angel Botija Beltrán en nombre de DITRAL, S.A."*

2. Contra este Acuerdo recurre DITRAL S.A. el 2 de diciembre de 1994 alegando, en síntesis, que el Acuerdo hace referencia sólo a la Delegación del Gobierno y nada dice del otro denunciado, TABACALERA S.A.; y que la naturaleza administrativa del acto de denegación no significa que su conocimiento escape a la competencia de la Dirección General, porque el Delegado del Gobierno pertenece al Consejo de Administración de TABACALERA y la Delegación tiene capturada de hecho a TABACALERA, que es una empresa que actúa en el mercado. Pide que se declare nula la Resolución de la Delegación del Gobierno y se autorice a DITRAL para realizar la actividad cuya autorización le ha sido denegada. Asimismo que se formule al Gobierno la propuesta de suprimir situaciones como la denunciada que implican una restricción de la competencia.
3. El Servicio informa que el recurso está interpuesto dentro de plazo, se ratifica en su decisión y añade, a efectos de la propuesta al Gobierno que pueda hacer el Tribunal, que sólo se ha concedido una autorización para importar tabaco de la CEE -la de DITRAL S.A.- y ninguna de distribución al por mayor, por lo que sigue existiendo, de hecho, un monopolio de distribución.
4. Puesto de manifiesto el expediente para alegaciones:
  - DITRAL S.A. vuelve a insistir en los motivos del recurso.

- TABACALERA manifiesta que la resolución de la Delegación del Gobierno ha sido impugnada por DITRAL S.A. ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que es la adecuada; que a TABACALERA no se la imputa ninguna conducta específica, sólo el haber mediatizado la voluntad del Delegado del Gobierno para denegar la autorización, lo que DITRAL S.A. deduce de su pertenencia al Consejo de Administración de TABACALERA. Pero el Delegado del Gobierno no es miembro del Consejo: sólo está en las reuniones del Consejo para ejercer las funciones de control y vigilancia del Monopolio que le otorga la Ley. La imputación que se hace a TABACALERA significa acusarla de un delito de prevaricación o cohecho que si TABACALERA no estimara que se ha realizado exclusivamente en términos de defensa, la hubiera llevado al ejercicio de las acciones que el código penal prevé para el delito de calumnia. Pide el archivo de actuaciones.

- La Delegación del Gobierno entiende que la decisión del Servicio es correcta por ser el acto impugnado de naturaleza administrativa; y añade que su asistencia al Consejo de TABACALERA es para el posible ejercicio del derecho de veto contra sus acuerdos que le concede la Ley; y que su actuación al denegar la solicitud de DITRAL S.A. ha sido correcta y conforme con el Real Decreto 2738/86.

5. El 10 de febrero de 1995 el Tribunal decide incorporar al expediente testimonio de la prueba de oficio practicada en el expediente r 102/94 que resolvió un supuesto semejante al que constituye el objeto de este expediente, prueba que consiste en la precisión de las solicitudes de autorización para importación y distribución mayorista de tabaco de la CEE que ha recibido TABACALERA y de la cuota de esta última en la importación y distribución de esta mercancía.

La prueba incorporada se pone de manifiesto a los interesados para alegaciones. DITRAL S.A. la considera incompleta y pide nuevas pruebas, aunque tras una reunión con dos Vocales del Tribunal la deja reducida a que se solicite el envío del informe del Abogado del Estado en los expedientes de denegación de autorizaciones que realizó la Delegación del Gobierno.

6. Designado nuevo Ponente por renuncia del que lo era a su condición de Vocal del Tribunal, se solicitan los informes pedidos por DITRAL S.A., recibándose los correspondientes a tres expedientes, los únicos que se habían emitido porque el informe no es obligatorio.

Abierto el plazo para alegaciones, TABACALERA entiende que la nueva prueba no hace más que ratificar la imparcialidad con que ha operado al

resolver las solicitudes de autorización. Los otros dos interesados no han presentado alegaciones.

7. Son interesados en este expediente:
  - DITRAL S.A.
  - LA DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN EL MONOPOLIO DE TABACOS.
  - TABACALERA S.A.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. El supuesto de hecho contemplado en el Acuerdo del Servicio cuya impugnación constituye el objeto del presente expediente, es el mismo que motivó la Resolución del Tribunal de 24 de abril de 1995 (Exp. r 102/94, Monopolio de Tabacos I), a saber, la negativa de la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos a conceder autorización a una empresa privada para distribuir al por mayor labores de tabaco procedentes de los países miembros de la CEE. En la Resolución de 24 de abril de 1995 la negativa se extendía también a la importación al por mayor, autorización que en este caso ha conseguido la recurrente una vez que solicitó la certificación de la falta de resolución dentro de plazo que establece la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La razón en que se basó la Resolución anterior, para confirmar el archivo de la denuncia que efectuó el Servicio, era la de que la denegación de la autorización es un acto de naturaleza administrativa cuya revisión escapa a la competencia del Servicio y del Tribunal, debiendo impugnarse con arreglo a las normas propias de esta clase de actos. Como desde abril de 1995 no se ha producido ninguna alteración de las circunstancias, normativas o de hecho, que aconseje modificar el criterio entonces adoptado, se mantiene también para este caso, desestimándose en consecuencia el recurso y confirmándose el Acuerdo de archivo.

La incompetencia del Servicio y del Tribunal para tramitar y resolver la pretensión de que se revise la decisión de la Delegación del Gobierno alcanza también a la valoración de la participación en aquel acto que la recurrente atribuye a TABACALERA S.A.

La remisión de las actuaciones al órgano competente que impone el Art. 20.1 de la Ley 30/1992 no ha sido necesaria porque DITRAL S.A. manifiesta que ha recurrido ya la decisión de la Delegación del Gobierno

ante el Ministro de Economía y Hacienda.

2. Solicita la recurrente, con carácter subsidiario, que el Tribunal ejercite la facultad que le concede el Art. 2.2 LDC y proponga al Gobierno que suprima o modifique situaciones, como la presente, que provocan restricciones de la competencia.
  - 2.1. Es de advertir que el Art. 2.2 habilita al Tribunal para proponer al Gobierno la modificación de aquellas normas legales que amparen o propicien la creación de restricciones a la competencia, facultad que el Tribunal puede ejercitar, bien con ocasión de un expediente específico o bien con carácter general, sin necesidad de que la restricción a la competencia haya sido advertida al resolver un caso concreto. La habilitación al Tribunal constituye la finalidad del precepto y en ella se agota su contenido: el Art. 2.2 no concede un derecho subjetivo a los administrados para exigir del Tribunal que haga las propuestas que ellos crean convenientes. Su petición en este sentido no es más que ejercicio del genérico derecho de petición y no el ejercicio de una acción.
  - 2.2. Esto supuesto, en el caso presente el Tribunal estima conveniente adelantar que dirigirá una propuesta al Gobierno que versará sobre dos aspectos.

El primero hace relación a las condiciones que ha establecido el Real Decreto 2738/1986, de 12 de diciembre (Arts. 3 y 4) para conseguir la autorización de las actividades que liberalizó la Ley 38/1985, de 22 de noviembre, sobre el Monopolio de Tabacos (Arts. 1 y 7), esto es, la importación y distribución al por mayor de labores procedentes de países miembros de la CEE

En vez de establecer una autorización reglada, cuya concesión únicamente exija la verificación del cumplimiento de unos requisitos definidos con precisión y de carácter objetivo, se ha instaurado un sistema de autorizaciones basado en condiciones limitativas y que permite un amplísimo margen de discrecionalidad en su apreciación. De hecho, hasta ahora sólo se han concedido dos autorizaciones de importación -a DITRAL S.A. y a otra empresa- y ninguna de distribución, por lo que al no poder los importadores autorizados comercializar -vender- las labores importadas más que a TABACALERA, que es el único comercializador, la importación tan restringidamente concedida pierde interés y

TABACALERA continúa de facto con el monopolio de la actividad. La finalidad liberalizadora de la Ley ha resultado frustrada.

Repárese en que no se discute la licitud o ilicitud de las decisiones de la Delegación del Gobierno. El Tribunal no ha entrado en la cuestión de si la Delegación del Gobierno ha aplicado correctamente el Real Decreto 2738/1986, haciendo un uso adecuado de su discrecionalidad, y, por tanto, si la no concesión de la autorización a los once empresarios que hasta ahora la han solicitado está o no justificada. Lo que el Tribunal postula, para que resulte efectiva la liberalización acordada por la Ley 38/1985, es justamente la modificación de la regulación legal a cuyo amparo se ha llegado a la situación descrita.

La modificación en este sentido del Real Decreto 2738/1986 se estima necesaria y urgente.

Esto sin perjuicio de que el Tribunal estime que cabe ir más lejos en la desmonopolización del sector. La Ley 38/1985 ha establecido el mínimo compatible con las exigencias de la CEE, que es susceptible de irse ampliando progresivamente. Los intereses públicos presentes en el sector -sanitarios y fiscales- pueden y deben defenderse sin necesidad del monopolio. En tanto el tabaco siga siendo, en sí mismo, una mercancía de lícito comercio, la introducción de una mayor competencia, como ocurre en general con cualquier otro producto, redundará en una mayor eficiencia de los operadores y en menores precios. Esto exigirá modificar la Ley 38/1985.

En segundo lugar, debe decidirse cuál es el órgano más apropiado para la concesión de las autorizaciones para las actividades hoy permitidas y la ejecución de las actividades administrativas que vayan siendo necesarias a medida que avance el proceso de liberalización.

No se trata de negar a la Delegación del Gobierno su actual competencia para conceder aquellas autorizaciones. Aunque los Decretos de desarrollo de la Ley 38/1985 no se la atribuyan nominativamente, los interesados no la han cuestionado y el Tribunal se la ha reconocido a la vista de la regla interpretativa del Art. 12.3 de la Ley 30/1992, de las normas sobre la materia y de la inexistencia en el Ministerio de Economía y Hacienda de otro órgano con mejores títulos competenciales. Lo que el Tribunal

precisará es cuál deba ser en el futuro el órgano que asuma estas competencias, teniendo presentes los criterios que el Tribunal ha sostenido para supuestos semejantes al ahora considerado, y que se apuntan en la Resolución de 26 de abril de 1995.

Por todo ello, el Tribunal

### **RESUELVE**

Desestimar el recurso interpuesto por DITRAL S.A. contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 11 de noviembre de 1994 por el que se archivaban las actuaciones originadas por la denuncia de la recurrente contra la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos y TABACALERA S.A., Acuerdo que queda íntegramente confirmado.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.

### **OPINION CONCURRENTE QUE FORMULA LA VOCAL DOÑA CRISTINA ALCAIDE GUINDO**

Reitero el contenido de la opinión concurrente que expresé respecto de la Resolución de 24 de abril de 1995 (Expte. r 102/94, Monopolio de Tabacos I) en relación con el parecer del Servicio de Defensa de la Competencia compartido por la mayoría del Pleno en cuanto a que la Ley 38/1985 o el Real Decreto 2739/1986 otorguen a la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos la competencia de la concesión y denegación de autorizaciones para las actividades desmonopolizadas.

Como ya expresé en aquella ocasión, estimo que, sin una atribución explícita, la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos no tiene competencia para denegar autorizaciones que quedan fuera del monopolio y, en esas circunstancias, el TDC debiera haber ignorado la interpretación de las normas en el sentido de que el órgano regulador para todo el sector tabaquero sea la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos. La persistente denegación de las autorizaciones necesarias para ejercer las actividades desmonopolizadas infringe los artículos 30 y 37.1 del Tratado de la Unión Europea e impide la competencia entre operadores.